

Rosemiro Pereira Leal



TEORIA GERAL DO PROCESSO Primeiros Estudos

14ª edição revista, ampliada e atualizada
Com remissões ao NCPC/2015

Área específica
TEORIA GERAL DO PROCESSO.

Áreas afins
PROCESSOS PENAL, CIVIL, ADMINISTRATIVO,
CONSTITUCIONAL, ECONÔMICO, FILOSOFIA.

Público-alvo/consumidores
PROFESSORES, ALUNOS, ADVOGADOS,
ASSESSORES, CONSULTORES,
DESEMBARGADORES, JUÍZES, PROMOTORES,
DEFENSORES PÚBLICOS E DEMAIS
PROFISSIONAIS DA ÁREA DO DIREITO.

Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos questiona aspectos controvertidos e polêmicos da matéria que – extravasando os limites curriculares das faculdades de direito – atualmente interessa, por sua abordagem multidisciplinar, aos segmentos acadêmicos mais variados e voltados às ciências humanas e sociais e à atividade de advocacia, assessoria, consultoria, pareceres e à reflexão jurídica em geral.

O processo é estudado na perspectiva democrática como instituição linguístico-jurídica coconstitucionalizante de regência e fundação dos procedimentos legais que põem em movimento direitos processualmente criados e assegurados.

É o processo, no Estado Democrático, o recinto jurídico-argumentativo e fundamentante que põe em igualdade os diferentes na criação, fiscalização, aplicação, alteração e extinção de direitos. Sabe-se que atualmente o direito não pode mais ser concebido como superestrutura técnica e homologatória de uma realidade repressora e hostil à plena dignificação do homem.

Nesta 14ª edição, o autor reafirma os conteúdos de sua *teoria neoinstitucionalista do processo* (teoria neoinstitucionalista do direito democrático), desenvolvida ao longo de seus estudos, esperando que provoque questionamentos e refutações no mundo jurídico, como forma de reduzir o tédio científico e estimular o debate jurídico-acadêmico. Entendo que, a partir desta 14ª edição, a minha *Teoria Neoinstitucionalista do Direito* assume denotações de maior compreensão para os estudiosos da Ciência Jurídica em suas múltiplas especialidades.

FORMATO: 14,5 × 21,5 cm
CÓDIGO: 1000134

L433t Leal, Rosemiro Pereira

Teoria geral do processo: primeiros estudos / Rosemiro Pereira Leal. – 14. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2018.

490 p.

ISBN: 978-85-450-0486-8

1. Direito Constitucional. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Processual Civil e Penal. 4. Direitos Humanos. I. Título.

CDD 341.46

2016-135

CDU 347.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 490 p. ISBN 978-85-450-0486-8.

Rosemiro Pereira Leal é Advogado e consultor em Belo Horizonte – MG. Doutor em Direito Constitucional pela FDUFGM com créditos plenos em Direito Público (curso de Doutorado em Direito Público). Professor efetivo de Direito Econômico da Faculdade de Direito e da Faculdade de Ciências Econômicas da UFGM. Professor substituto de Direito e Prática Processual da UFGM. Especialista em Direito Público pela UFGM. Professor da Graduação e professor-cofundador da pós-graduação (*stricto sensu*) em Direito da PUC Minas. Professor do Departamento de Direito Processual Civil da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG, da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e examinador permanente de Direito Público da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG). Lecionou Direito Processual Civil como convidado da Universidade Nova de Lisboa (UNL). Jurista integrante da Popper Gallery da Universidade de Warwick da Inglaterra (UK). Fundador e primeiro presidente da Associação dos Advogados de Minas Gerais, membro fundador e presidente interino do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-MG. Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-MG e presidente-fundador do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ).

SUMÁRIO

NOTA À 14ª EDIÇÃO	19
CAPÍTULO 1	
O SURGIMENTO DO <i>PROCESSO</i> NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS.....	21
1.1 Humanidade e direito.....	21
1.2 A ciência jurídica e seu objeto.....	23
1.3 As teorias do direito – quadro geral	27
1.3.1 A doutrina (teoria) idealista.....	28
1.3.2 O realismo jurídico	29
1.3.3 O realismo e o positivismo jurídico	31
1.3.4 O novo positivismo e o fenomenalismo.....	32
1.3.5 O formalismo jurídico irreducionista moderno	33
1.3.6 O estruturalismo jurídico	38
1.3.7 Síntese.....	40
1.4 Quadro histórico das modalidades de resolução de conflito – Autotutela. Autocomposição. Mediação. Arbitragem. Jurisdição. Processo – da barbárie às sociedades político-democráticas de direito.....	43
1.4.1 Autotutela	43
1.4.2 Autocomposição	44
1.4.3 Mediação e arbitragem	44
1.4.3.1 Período sacerdotal ou pré-romano.....	44
1.4.3.2 Período da <i>legis actiones</i>	45
1.4.3.3 Período formular – direito romano arcaico	45
1.4.3.4 Período formular – direito romano clássico	46
1.4.3.5 Período da <i>cognitio extra ordinem</i> – direito romano pós-clássico	46
1.5 Jurisdição – aspectos históricos	47
1.5.1 Arbítrio, discricionariedade, jurisdição.....	48
1.6 O Estado, o processo e a tutela jurisdicional (judicial) ..	53
1.7 O processo na pós-modernidade e a jurisdição constitucional – uma visão neoinstitucionalista do processo (teoria do autor).....	56
1.7.1 <i>Processo</i> e seus conseqüências lógicas na Teoria Neoinstitucionalista do Processo	60
CAPÍTULO 2	
DA TÉCNICA PROCEDIMENTAL À CIÊNCIA PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA	63
2.1 Introdução	63
2.2 Da velha Grécia aos nossos dias.....	64
2.3 Epistemologia da ciência processual	72
2.4 A técnica.....	73
2.5 A ciência.....	74
2.6 Teoria.....	75
2.7 Crítica científica	76
2.8 Teoria científica	77
2.9 Técnica jurídica, direito processual e sistemática procedimental	78
CAPÍTULO 3	
FUNDAMENTOS COINSTITUCIONAIS DO PROCESSO.....	81
3.1 Constituição e processo	81
3.2 Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático.....	83
3.2.1 O devido processo constitucional	83
3.2.2 O anacronismo da hermenêutica pela jurisdição do decisor	87

3.2.3	Concretização do direito nas democracias plenárias	89
3.2.4	Devido processo coinstitucional, conceito de parte na democracia.....	92
3.3	Direito procedimental e direito processual	96
3.4	Tutela processual da jurisdição	99
3.5	Acesso à jurisdição	100
3.6	Teorias do processo e “processo jurisdicional”	101
3.7	Modelos processuais e constituição democrática	102
3.7.1	Introdução	102
3.7.2	Sociedade pressuposta e justiça civil.....	103
3.7.3	Instituição do processo e modelo civil do processo	105
3.7.4	Direito fundamental e direito individual.....	108
3.8	O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário.....	111
3.8.1	Introdução	111
3.8.2	O sincretismo fatal dos positivistas	114
3.8.3	Processo e linguagem em Popper	116
3.8.4	Polemização processual da legitimidade do direito.....	119
3.8.5	Desprocessualização do direito no estado telemático.....	123

CAPÍTULO 4

TEORIA GERAL E ESTUDO DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO	127
4.1 Denominação da disciplina – Explicação didática.....	127
4.2 Teorias do ordenamento jurídico e unificação do processo ..	129
4.3 Direito processual – Conceitos	131
4.4 As teorias do processo na história do direito	133
4.4.1 Teoria do processo como contrato.....	133
4.4.2 Teoria do processo como quase contrato	134
4.4.3 Teoria do processo como relação jurídica	134
4.4.4 Teoria do processo como situação jurídica	135
4.4.5 Teoria do processo como instituição.....	137
4.4.6 Teoria do processo como procedimento em contraditório....	139
4.4.7 Teoria constitucionalista do processo.....	140
4.4.8 Teoria (proposição) neoinstitucionalista do processo	142
4.4.9 Teoria constitucionalista do processo e teoria neoinstitucionalista do processo (<i>distinções</i>).....	146
4.4.10 Aspectos Relevantes da Teoria Neoinstitucionalista do Processo.....	148
4.5 Processo e procedimento.....	149
4.6 Princípios institutivos e informativos do processo	152
4.6.1 Princípios institutivos do processo	153
4.6.1.1 Princípio. Pressuposto. Fundamento. Noções.....	154
4.6.1.2 O contraditório.....	155
4.6.1.3 Isonomia e simétrica paridade (<i>distinções</i>)	155
4.6.1.3.1 A questão da dignidade.....	155
4.6.1.4 Ampla defesa.....	156
4.6.1.5 As proposições enunciativas do processo na teoria neoinstitucionalista	157
4.6.1.5.1 Processo ante o absolutismo do saber solitário.....	157
4.6.1.5.2 Processo e suas proposições institutivas (<i>contraditório, ampla defesa, isonomia</i>).....	163
4.6.1.5.3 A produção do sentido legal como maldição (<i>mal-dicção</i>)....	166
4.6.1.5.4 Processo e tempo nas democracias não paideicas.....	167
4.6.1.5.5 Conclusões.....	168
4.6.2 Princípios (institutos linguísticos) informativos do processo.....	169
4.6.2.1 Princípio da oralidade.....	170
4.6.2.2 Princípio da publicidade	170
4.6.2.3 Princípio da lealdade processual.....	171
4.6.2.4 Princípios da disponibilidade e da indisponibilidade.....	171

4.6.2.5	Princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas.....	173
4.7	Requisitos da jurisdição: atividade do juiz (judicação).....	173
4.7.1	Requisito da investidura.....	174
4.7.2	Requisito da inércia.....	175
4.7.3	Requisito da aderência territorial.....	176
4.7.4	Requisitos da inafastabilidade, inevitabilidade e indelegabilidade.....	178
4.7.5	Requisito do juízo natural.....	179
4.7.6	Imparcialidade do juiz.....	180
4.7.6.1	Fundamentos democráticos da imparcialidade judicial no direito brasileiro.....	181
4.7.7	Requisitos da persuasão racional do juiz, requisito da motivação das decisões judiciais e requisito do duplo grau de jurisdição.....	184
4.8	Lei e norma.....	185
4.8.1	Teoria da norma.....	185
4.8.2	Norma material e norma processual.....	187
4.8.3	Eficácia da norma processual.....	188
4.9	Liquidez e certeza na processualidade democrática.....	189
4.9.1	O processo instituinte do melhor argumento.....	189
4.9.2	Liquidez e certeza na processualidade constituinte.....	190
4.9.3	A qualidade executivo-constitucional de direitos.....	192
4.9.4	A autoexecutividade dos atributos de certeza e liquidez.....	194
4.9.5	O plano cognitivo de accertamento dos direitos fundamentais.....	195

CAPÍTULO 5

	CICLO HISTÓRICO DO DIREITO DE AÇÃO E A DINÂMICA DO PROCESSO.....	199
5.1	Ação e direito de ação.....	199
5.1.1	Teoria imanentista.....	200
5.1.2	A ação como direito subjetivo, público e autônomo.....	200
5.1.3	A ação como direito subjetivo, público e concreto.....	200
5.1.4	A ação como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato.....	201
5.2	Elementos configurativos e estruturais do procedimento (ação).....	202
5.2.1	Elementos configurativos.....	202
5.2.2	Elementos estruturais.....	204
5.3	A estrutura (espaço-tempo procedimental) do mérito.....	205
5.4	Convalidação dos pressupostos processuais.....	206

CAPÍTULO 6

	PROCESSO DE CONHECIMENTO, EXECUÇÃO E CAUTELAR – OUTROS PROCEDIMENTOS.....	209
6.1	Processo de conhecimento – Noções.....	209
6.2	Processo de conhecimento – <i>Preliminar e mérito</i>	210
6.2.1	Articulação estrutural do processo.....	210
6.2.2	Matéria preliminar e matéria de mérito.....	213
6.2.3	A antecipação de tutela e o instituto da preliminar.....	216
6.2.4	Conclusões.....	219
6.3	Verossimilhança e inequívocidade na tutela provisória em processo civil.....	220
6.3.1	Abertura temática.....	220
6.3.2	Processo constitucional e jurisdição (judicação).....	222
6.3.3	Conceito de tutela na teoria do processo.....	223
6.3.4	Verossimilhança e inequívocidade – Tentativa de ressemantização.....	225
6.3.5	Conclusões.....	228

6.4	Fundado receio de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil	228
6.4.1	Memória temática.....	228
6.4.2	Perigo de dano (não presunção ou suposição).....	231
6.4.3	Perigo de dano irreparável.....	232
6.4.4	A questão insólita do perigo de dano (irreparável!?).....	233
6.4.5	Conclusões.....	234
6.5	Antecipação de tutela legal em face de defesa abusiva e manifesto propósito protelatório na teoria do processo	234
6.5.1	Considerações introdutórias sobre a lei brasileira.....	234
6.5.2	Uso e abuso de defesa e fraude processual.....	236
6.5.3	Protelação e tempo legal.....	238
6.5.4	Conclusões.....	239
6.6	Processo de execução, cautelar e outros procedimentos – Noções	239

CAPÍTULO 7

CONCURSO DE AÇÕES E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS	245
7.1 Cúmulo – Concurso de ações e cumulação de pedidos.....	245

CAPÍTULO 8

ATOS PROCESSUAIS E PRAZOS	249
8.1 Atos processuais – Ato processual. Ato procedimental. Vícios. Nulidades.....	249
8.2 Autos. Auto. Termo. Ata.....	250
8.3 Prazo – O tempo legal. Preclusão. Perempção. Prescrição. Decadência.....	251

CAPÍTULO 9

PRETENSÃO E RESISTÊNCIA NO PROCESSO CIVIL.....	255
9.1 Teoria da pretensão e da defesa no processo civil	255
9.1.1 Pretensão e defesa	255
9.1.2 <i>Due process</i> e contraditório	258
9.1.3 Direito de ação e ação (procedimento).....	259
9.1.4 Ação e exceção	262
9.1.5 Excetividade das preliminares.....	263
9.1.6 Direito de ampla defesa e o direito ao advogado	264
9.1.7 Controle da jurisdição pelo advogado	264
9.2 Teoria da prova – Sistemas históricos.....	265
9.2.1 A prova na teoria do processo contemporâneo	268
9.2.1.1 Instituto jurídico da prova.....	268
9.2.1.2 A prova em direito	269
9.2.1.3 A prova e a estrutura procedimental.....	271
9.2.1.4 Cogitação democrático-constitucional do instituto da prova	272
9.2.1.5 Conclusões.....	275
9.2.2 Valoração e valorização da prova.....	276
9.3 Sentença e coisa julgada (ainda na concepção de Liebman).	277
9.3.1 A relativização inconstitucional da coisa julgada (concepção neoinstitucionalista)	279
9.3.1.1 Introdução	279
9.3.1.2 Distinção imprescindível: coisa julgada e sentença transitada	281
9.3.1.3 Coisa julgada e a exclusão da interditalidade	285
9.3.1.4 O mito da onipotência turbinada	286
9.3.1.5 O substancialismo anacrônico da <i>coisa julgada material</i>	288
9.3.1.6 Coisa julgada e devido processo	291
9.3.1.7 A ideologia tecnicista da modernidade.....	293
9.3.1.8 Precedentes no NCPC e Coisa Julgada.....	300
9.4 Recursos: aspectos históricos, teóricos e práticos	319
9.4.1 História.....	319

9.4.2	Duplo grau de jurisdição como duplo grau de competência	319
9.4.3	Conceito de recurso.....	319
9.4.4	Aspectos tipológicos de recursos	321
9.4.5	Impropriedades terminológicas no NCPC	322
9.4.6	Juízos de admissibilidade e de mérito.....	323
9.5	Outros aspectos recursais.....	324
9.5.1	Da legitimidade e interesses recursais.....	324
9.5.2	Pressupostos do recurso (requisitos do recurso)	325
9.5.3	Fase da abordagem jurisdicional do recurso.....	325
9.5.4	Recursos no novo processo civil brasileiro	325
9.5.5	Efeitos do recurso	325

CAPÍTULO 10

TEMAS SIGNIFICATIVOS	327	
10.1	Judiciário: poder ou função. Órgãos.....	327
10.2	Competência: critérios determinativos.....	327
10.2.1	Considerações relevantes	327
10.2.2	Competência absoluta e competência relativa	333
10.3	Juiz. Juízo. Vara. Comarca. Foro. Fórum. Entrância. Instância.....	334

CAPÍTULO 11

A JUDICIARIZAÇÃO DO PROCESSO AINDA NO NCPC BRASILEIRO.....	337	
11.1	Introdução	337
11.2	O fetiche das urgencialidades.....	338
11.3	A dialética da desprocessualização.....	340
11.4	Alguns aspectos antinômicos do NCPC ante a CF/88.....	341
11.4.1	A coinstitucionalização do direito pelo processo	343
11.4.2	Aspectos antinômicos exógenos e endógenos.....	344
11.4.3	A logomaquia do NCPC.....	345
11.5	Análise crítica do Novo CPC na perspectiva da teoria geral do processo	347
11.5.1	Noções de sistemas em processo.....	349
11.5.2	O Novo CPC e sua ideologia normativa	352
11.5.3	Posições antagônicas: TGP e poder.....	353

CAPÍTULO 12

A CONTINUIDADE DO CARÁTER OCULTO DO SENTIDO NORMATIVO NO DIREITO BRASILEIRO	355	
12.1	O vandalismo da vontade legífera na gestação normativa ..	355
12.2	A impossibilidade da dogmática jurídica e o processo coinstitucionalizante	357
12.3	Isomenismo <i>versus</i> garantismo e ativismo.....	360
12.4	O despotismo da jurisprudencialização do direito	362
12.5	Conclusão	364

CAPÍTULO 13

A CRISE DO DOGMATISMO E IMPLICAÇÕES JURÍDICO- POLÍTICAS	365	
13.1	O <i>non liquet</i> e a crise do direito	365
13.2	A relação direito e política	369

SINOPSE DA 14ª EDIÇÃO – 20 PONTOS.....	371
--	-----

PONTO N. 1

TEORIA GERAL DO PROCESSO (TGP). INTRODUÇÃO CONSECTÁRIOS LÓGICOS DO PROCESSO.....	372
---	-----

PONTO N. 2

A TEORIA DO SINCRETISMO EM MAX WEBER.....	384
---	-----

PONTO N. 3	
ESTADO E TUTELA JURISDICIONAL.....	386
PONTO N. 4	
ORIGEM HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO (JUDICAÇÃO).....	390
PONTO N. 5	
CICLO HISTÓRICO DA “JUSTIÇA PRIVADA” PARA A “JUSTIÇA PÚBLICA”	392
PONTO N. 6	
TEORIAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO	396
PONTO N. 7	
PROCESSO.....	399
PONTO N. 8	
CICLO HISTÓRICO DO DIREITO DE AÇÃO	408
PONTO N. 9	
NORMA PROCESSUAL	413
PONTO N. 10	
TEORIA DO PROCEDIMENTO.....	420
PONTO N. 11	
ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DA AÇÃO (do procedimento) ...	427
PONTO N. 12	
ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA AÇÃO	429
PONTO N. 13	
CÚMULO	435
PONTO N. 14	
A DEFESA NO PROCESSO CIVIL.....	436
PONTO N. 15	
INSTITUTO DA PROVA.....	440
PONTO N. 16	
SENTENÇA E COISA JULGADA	449
PONTO N. 17	
COMPETÊNCIA	457
PONTO N. 18	
ATOS PROCESSUAIS.....	459
PONTO N. 19	
PRAZO E SUA CONTAGEM.....	461
PONTO N. 20	
TEORIA DO RECURSO	465
REFERÊNCIAS.....	471